

El Régimen Facultativo de las Exoneraciones de los Procedimientos Administrativos de Selección de Contratistas

Mario Ernesto Linares Jara*
Elizabeth Pomasoncco Villegas**

Resumen:

El presente artículo busca determinar el alcance del régimen de exoneraciones de los procedimientos administrativos de selección, en el marco de la normativa de Contrataciones con el Estado en el Perú. En ese sentido, a través del análisis de la doctrina y de los pronunciamientos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se verificará si es que nos encontramos o no ante un régimen facultativo de exoneraciones.

Palabras clave:

Contrataciones del Estado – Exoneraciones – Proceso de selección – Régimen facultativo

Abstract:

This article aims to determine the extent for the regimen of administrative procedure of selection, in the framework of the Peruvian Public Procurement Law. In that way, by analyzing the juridical doctrine and the Supervisory Agency of Public Procurement's pronouncements on the matter, it will be determined that we are facing and optional regime on exemptions.

Keywords:

Public Procurement – Exemptions – Selection process – Optional regimen

Sumario:

1. Introducción – 2. El principio de Licitación Pública o Aplicación previa a la contratación pública, de un procedimiento administrativo selectivo previo – 3. Las excepciones al Principio de Licitación Pública. Las exoneraciones. Naturaleza jurídica. Régimen de exoneraciones en la normativa nacional – 4. Carácter facultativo de las exoneraciones – 5. Supervisión de las decisiones de no elección del régimen de las exoneraciones

* Abogado por la Universidad de Lima, Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje de la PUCP, Maestría en Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid y Paris X Nanterre. Ha sido profesor en la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad de Salamanca. Socio de Linares Consultores.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de los Programas de Especialización en Gestión y Finanzas Públicas de la Universidad del Pacífico y de Excelencia Gerencial del PNUD. Actualmente cursa estudios de Maestría en Derecho de los Sectores Regulados en la Universidad Carlos III de Madrid. Asociada a Linares Consultores.

1. Introducción

Las Entidades del sector público, en determinados supuestos previstos en la Ley, están autorizadas a contratar directamente respecto de bienes, servicios u obras que requieran, sin necesidad de efectuar un procedimiento de selección. Existe unanimidad en cuanto a la naturaleza restrictiva de las exoneraciones, pues la regla es la ejecución del procedimiento selectivo respectivo. Sin embargo, la normativa no indica si el seguimiento de las causales es obligatorio o facultativo.

De primera intención –y de acuerdo al principio de legalidad– pareciera que estaríamos ante competencia de tipo reglada, en un esquema simple de actuación ante la verificación de supuestos de hecho previstos en la normativa y en donde no cabe acto discrecional alguno. Sin embargo existen pronunciamientos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en donde se afirma que la aplicación del régimen de exoneraciones es facultativa. ¿Qué sucede entonces? ¿Cuál es la justificación de ello? De los Pronunciamientos no aparecen argumentos sino tenues.

Veamos primero entonces cómo la doctrina avala la interpretación del OSCE, pasemos revista a los pronunciamientos, delimitemos esa elección facultativa, esbozemos casos y definamos cuáles serían los elementos de control de dicha atribución.

2. El principio de Licitación Pública o Aplicación previa a la contratación pública, de un procedimiento administrativo selectivo previo

En doctrina, digamos clásica, se establecía que el sistema de restricción para las contrataciones públicas, es decir, aquel en donde medie un procedimiento administrativo selectivo previo que de origen al contrato, no era la regla sino la excepción, ello a pesar de su difundida positivización, teniéndose como fundamento el principio de libertad de contratación¹.

No creemos en lo anterior. Y esto no porque el derecho positivo haya determinado desde hace mucho como principio de derecho administrativo a la Licitación Pública, ni porque la más moderna doctrina determine, más bien, como principio del incipiente Derecho Administrativo Globalizado o como un pilar del Derecho de los Contratos

Públicos a la Licitación en su acepción genérica², sino, sobre todo, porque ante ausencia de ese mandato y en circunstancias ordinarias, de haber discrecionalidad, la ejecución de un procedimiento administrativo previo que de origen al contrato, constituye el mecanismo que mejor garantiza el uso eficiente del dinero público.

Ahora bien, entre nosotros no hay tema para discutir en relación a si la Licitación Pública es o no un principio. El artículo 76° de la Constitución Política del Perú a pesar de su limitada redacción, señala:

«Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades».

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha indicado en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el Exp. N° 020-2003-AI/TC lo siguiente:

«12. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos». (Subrayado agregado)

Entonces bien, la Constitución expresa la vía ordinaria de satisfacción de necesidades de cada Entidad, la cual se realiza a través de procedimientos de selección con determinadas

1 JÉZE. Principios Generales de Derecho Administrativo. T IV, p. 76, ESCOLA, Héctor Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Depalma. Buenos Aires. 1984. T II, p. 690.

2 KINGSBURY, KRISH y STEWART. El surgimiento del derecho administrativo global», en: «El nuevo derecho administrativo global en America Latina», Institute for international law and justice, New York University School of Law, Universidad de San Andrés, Cuadernos RPA, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009. GONZALES – VARAS IBÁÑEZ, Santiago. El contrato administrativo. Civitas. Madrid, p. 2003.

particularidades y etapas, debiendo garantizarse, según lo expresado por el Tribunal Constitucional, los mecanismos idóneos para el uso eficiente del erario público, la plena satisfacción de los requerimientos de las entidades, y condiciones mínimas de participación para los proveedores del Estado.

En esa línea, la actual Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, han desarrollado el mencionado artículo constitucional, diseñándose una serie de procedimientos de acuerdo a la naturaleza del contrato y a los montos de gasto o inversión³. Ya hemos señalado que dichas denominaciones no responden a una tipología internacional. La Nueva Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225, que a la fecha no se encuentra vigente, sí posee unas denominaciones modernas acorde con la doctrina y normativa comparada, es más, abandona el errado término «proceso» denominándoles «procedimientos».

El artículo 19° de la Ley de Contrataciones del Estado, indica los tipos de procedimientos de selección:

- (i) *Licitación Pública, que se convoca para la contratación de bienes y obras, dentro de los márgenes que establecen las normas presupuestarias.*
- (ii) *Concurso Público, que se convoca para la contratación de servicios, dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias.*
- (iii) *Adjudicación Directa, que se convoca para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, conforme a los márgenes establecidos por las normas presupuestarias.*
- (iv) *Adjudicación de Menor Cuantía, que puede ser Adjudicación de Menor Cuantía y Adjudicación de Menor Cuantía Derivada. La primera de ellas se convoca para la contratación de bienes, servicios y obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las Licitaciones Públicas o Concursos Públicos, según corresponda; así como para la contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales. La Adjudicación de Menor Cuantía Derivada, se convoca para los procesos declarados desiertos, cuando corresponda.*

3. Las excepciones al Principio de Licitación Pública. Las exoneraciones. Naturaleza jurídica. Régimen de exoneraciones en la normativa nacional

Las exoneraciones se fundamentan en razones de conveniencia administrativa y por la imposibilidad material de aplicación del procedimiento regular. En el primero de los casos, los procedimientos de selección de contratistas regulares no responderán a la celeridad y eficiencia buscadas por los mismos, en el segundo, en cambio, no serán utilizables por fuerza de los hechos o la naturaleza del contrato.

Por conveniencia administrativa tenemos, entre otras, de acuerdo a la doctrina comparada, las causales de urgencia o emergencia, de desabastecimiento, de reserva o secreto de Estado, cuando ha existido, previamente, un procedimiento regular fracasado por falta de postores y el llamado contrato interadministrativo o contratación entre dos Entidades públicas. Por imposibilidad de comparación de propuestas, tenemos en cambio como causales, la de capacidad especial o servicios personalísimos y los bienes que no admiten sustitutos por monopolio de marca o tecnología.

El artículo 20° de la Ley de Contrataciones del Estado ha previsto las siguientes causales de exoneración:

«Artículo 20°.- Exoneraciones de los procesos de selección:

Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen:

- a) *Entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo eficiente señalado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú.*
- b) *Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, o de acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional, o de situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores.*
- c) *Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse de ser el caso, las responsabilidades de los*

3 Véase Contratación Pública. Derecho Local, Internacional y de la Integración, Linares Consultores SAC. Lima. 2013, p.110 y sgtes.

funcionarios o servidores, cuya conducta de ser el caso hubiera originado la configuración de esta causal.

- d) Con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.
- e) Cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos o, cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor.
- f) Para los servicios personalísimos prestados por personas naturales con la debida sustentación objetiva.

Las exoneraciones pueden ser definidas como medidas de excepción a los procedimientos ordinarios de selección de contratistas, en la medida que solo pueden adoptarse ante determinados supuestos de hecho, ya sea por motivos coyunturales, económicas o de mercado. Cabe recalcar que dichas exoneraciones no constituyen supuestos de inaplicación de la Normativa de Contrataciones, sino que son supuestos que eximen la realización de un procedimiento de selección ordinario⁴, por lo que no enerva que, los actos preparatorios y etapa de ejecución contractual deban observar todo lo prescrito por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento:

«Artículo 135°.- Procedimiento para las contrataciones exoneradas:

(...)

La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección, por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de

haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.
(...».

4. Carácter facultativo de las exoneraciones

DROMI⁵, en relación a las excepciones de la licitación pública, refiere que estas se caracterizan por: (a) estar contempladas expresamente; (b) ser de interpretación restrictiva; (c) tener carácter facultativo y; (d) obligar a la Administración a justificar su procedencia:

«1.1. Excepción expresa. Declarada por la normativa jurídica de la obligatoriedad de la licitación pública, sólo puede prescindirse de ella en los casos enumerados taxativamente por la ley. Es decir, que podrá contratarse mediante los procedimientos de licitación privada, contratación directa, remate público o concurso de precios en aquellos casos en que las leyes respectivas así lo autorizan, y las excepciones sólo pueden ser allí comprendidas.
(...)

1.2. Interpretación estricta y restrictiva. En el Derecho Público los contratos están sujetos a principios esenciales, siempre de interés público, por ejemplo, la moralidad y la conveniencia administrativa.

(...) la interpretación se debe limitar a aplicar los procedimientos de selección de excepción contemplados en la norma respectiva y para los casos allí determinados, en forma restringida. No debe aplicarse por analogía un procedimiento de selección no autorizado.

1.3. Carácter facultativo. Cuando la ley permite el empleo de otro procedimiento de selección (licitación privada, contratación directa, etc), es facultativo para la Administración seguir el procedimiento de excepción indicado. Pero ello no obsta a acudir a la licitación pública, siempre y cuando la naturaleza y el objeto del contrato lo permitan.

1.4. Decisión motivada. La autoridad competente que decida contratar por alguno de los

4 De conformidad con lo expresado en la Opinión N° 128-2009/DTN, el proceso de contratación tiene las siguientes etapas: Fase de Programación y actos preparatorios, que comprende: i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Contrataciones, ii) la realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado y la determinación del tipo de proceso de selección a convocarse; iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación; y, iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección; 2) Fase de Selección, que se desarrolla en ocho etapas: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la buena pro; y, 3) Fase de Ejecución contractual, que comprende desde la celebración del contrato respectivo hasta la conformidad y pago de las prestaciones ejecutadas, en el caso de los contratos de bienes y servicios, y con la liquidación y pago correspondiente, tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras.»

5 DROMI, Roberto. Licitación Pública. Gaceta Jurídica. Primera Edición Peruana. 2006, pp. 236-238.

6 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado. Tomo II. 9ª Edición. Buenos Aires. F.D.A., 2009, p. XII- 53.

procedimientos de excepción, debe ponderar objetiva y fundamente las razones que posibilitan encuadrar los casos determinados en el procedimiento elegido. (...)».

Ahora bien, ¿por qué la Administración puede no recurrir a las exoneraciones si este supuesto en términos de «costos administrativos», es más ágil o eficiente? O dicho de otro modo, si el sustento de las exoneraciones está dado porque en determinadas circunstancias los procedimientos regulares no responden al interés público y se vuelven contra este, debiendo celebrarse entonces mini procedimientos céleres o contrataciones directas (dependiendo de la normativa), ¿Cuáles serían los fundamentos que avalen que no se materialicen los procedimientos de excepción?

GORDILLO⁶, indica sobre el carácter facultativo de las exoneraciones:

«El régimen de contrataciones de la administración nacional, el reglamento de contrataciones y la ley de obras públicas prevén una serie de casos en que puede prescindirse de la licitación pública; ello no significa que sea obligatorio no hacer licitación pública, sino que se faculta a la administración para proceder de tal modo. Siempre claro está, sujeto a requisitos mínimos». (Subrayado agregado)

Por su parte, REJTMAN⁷ resalta:

«El principio general ha sido expresamente recogido por el art.9º, ley 13.064, que prevé que cuando un contrato quede exceptuado por la ley de ser celebrado previa licitación pública, es facultativo que sea licitado privadamente o

contratado en forma directa. Puede también convocarse a una licitación pública aun cuando una norma prevea la posibilidad de celebrar un procedimiento de excepción. Se trata de una potestad que puede o no ser ejercida conforme a las circunstancias, salvo que ello sea imposible». (Subrayado agregado)

SANTOFIMIO⁸, agrega:

«La contratación directa constituye, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, un mecanismo de carácter administrativo generador de actuación de esta misma naturaleza, tendiente a la selección de contratistas para las entidades estatales en las causales que taxativamente indica el legislador. La utilización de este trámite institucional no es obligatoria. Los responsables de la contratación de las entidades estatales, si lo desean, pueden darle permanencia a la regla general de la licitación pública para la selección de sus contratistas y seleccionar a todos, sin excepción, a través de este trámite procedimental.» (Subrayado agregado)

Por su parte SANTOS⁹, al analizar la Ley 1150 de 2007 de Colombia, que regula los mecanismos de selección de contratistas, y que prevé como excepciones a la licitación pública al concurso de méritos¹⁰, selección abreviada¹¹ y contratación directa¹², siendo estos dos últimos análogos a las causales de exoneración previstas en nuestra normativa, indica que:

«En el caso particular de la selección abreviada objeto de este estudio, a nuestro juicio y por las razones que pasamos a exponer, dicho procedimiento no es obligatorio, es decir

7 REJTMAN FARAH, Mario. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Abeledo Perrot. Buenos Aires.2010, p. 60.

8 SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2000, p. 215. El referido autor también hace referencia a que incluso el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto del carácter no obligatorio de la contratación directa. Así, según la Sentencia del 26 de setiembre de 1996 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: «(...) en casos como el examinado si la Administración decide escoger al contratista mediante licitación pública, teniendo facultades para adjudicar contrato directamente, deberá acatar preferencialmente las normas que regulan el trámite licitatorio voluntaria y unilateralmente escogido.»

9 SANTOS RODRIGUEZ, Jorge. Procedimientos de selección abreviada. Especial referencia a los productos uniformes y a la menor cuantía. En: Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150.2007. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, p. 261.

10 De acuerdo con la Ley 1150 de 2007, el concurso de méritos corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

11 En relación a la Selección abreviada, la Ley 1150 de 2007 indica que corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Entre sus causales se contemplan: (i) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, (ii) La contratación de menor cuantía, (iii) la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud, (iv) La enajenación de bienes del Estado, salvo excepciones previstas legalmente, (v) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas, (vi) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, (vii) Los contratos de las entidades en determinados supuestos, (viii) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

12 La Ley 1150 de 2007 prevé como causales para la contratación directa: (i) Urgencia manifiesta, (ii) Contratación de empréstitos, (iii) Contratos interadministrativos, (iv) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición, (v) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, entre otras.

que en los diferentes casos en que procede la aplicación de este mecanismo excepcional también es posible que la Administración utilice el procedimiento de licitación pública, de acuerdo con la decisión discrecional que adopte en cada caso concreto». (Subrayado agregado)

Creemos que SANTOS nos da una pista del fundamento por el que las exoneraciones no son obligatorias en el esquema de actuación legal de los funcionarios por atribuciones regladas en caso se verifique determinado supuesto de hecho habilitante. En efecto, puede suceder que el procedimiento regular, algún procedimiento alternativo al regular y a la exoneración, o simplemente, determinado modo de contratación o de satisfacción de la necesidad; sea más conveniente que la exoneración. Es decir, que si aplicamos sin más la causal, no se estará favoreciendo al interés público. La causal de exoneración pudiese ser entonces que quedase deslegitimada, debiendo en ese caso utilizar la Administración, vías alternativas, las mismas que deberán estar orientadas por los principios generales del Derecho Administrativo.

Debe mencionarse que si bien nuestra actual normativa de contrataciones del Estado no establece de modo expreso el carácter facultativo de las exoneraciones, a esa conclusión debe llegarse no solo a partir de la doctrina anteriormente citada, sino de lo expresado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones (OSCE). Así, en la Opinión N° 005-2013/DTN, la Dirección Técnica Normativa del OSCE expresa que:

«(...) Es importante precisar que, de conformidad con el artículo 135° del Reglamento, la aprobación de una exoneración faculta a la Entidad que la aprueba a omitir la realización de proceso de selección (...)». (Subrayado agregado)

Con mayor claridad, en el Pronunciamiento N° 357-2010/DTN, el OSCE precisa el carácter no obligatorio de recurrir a una exoneración aun cuando la causal se hubiese configurado:

«(...) Al respecto, debe resaltarse que los supuestos de exoneración previstos en la normativa de contratación Pública no tiene un carácter obligatorio, sino que insta a las Entidades a evaluar en cada caso en concreto si por su naturaleza y condiciones se configura y se justifica la exoneración del proceso de selección».

Así entonces, considerando que la Entidad no ha seguido el procedimiento de una exoneración, debe entenderse que la Entidad ha analizado tal posibilidad y ha concluido

que no es el procedimiento que corresponda a la presente contratación. Consecuentemente, siendo una prerrogativa de la Entidad definir el procedimiento de contratación, este Organismo Superior NO ACOGE la observación en el extremo que plantea que se declare la nulidad por no haberse efectuado el procedimiento de excepción descrita en el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM». (Subrayado agregado)

El Pronunciamiento citado se emitió con ocasión de la elevación de una observación que cuestionaba el hecho que material de guerra, clasificado como carácter secreto por el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM, se estuviese adquiriendo a través de los mecanismos clásicos de selección cuando la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento habilitan la exoneración en las contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno. Como se puede apreciar, entonces, el OSCE resalta que las exoneraciones no tienen carácter obligatorio, debiendo la Entidad en cada caso definir como llevará a cabo sus contrataciones atendiendo a las circunstancias, siempre que ello se encuentre justificado.

En ese mismo sentido, mediante Pronunciamiento N° 053-2009/DTN, el OSCE indica que:

«No obstante, al constituir de exclusiva responsabilidad de la Entidad la determinación de las características de los bienes a adquirir, así como si de acuerdo a la naturaleza del bien corresponde aplicar alguna normativa especial y la conveniencia de la realización de un proceso de selección, este Organismo Supervisor ha dispuesto NO ACOGER las Observaciones N° 01 y N° 02. Sin perjuicio de lo señalado, la Entidad deberá registrar en el SEACE, un informe técnico en el que fundamente la calificación de material de guerra con el carácter de «secreto militar» de los bienes objeto de la presente convocatoria. En el supuesto que después de la evaluación realizada se determine que los bienes a adquirir califican como «secreto militar» deberá también registrarse en el SEACE un informe en el que se señalen las razones por las cuales no se consideró el procedimiento dispuesto en el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM». (Subrayado agregado)

Ahora bien, revisemos la doctrina en cuanto a lo que implica la discrecionalidad de la Administración. MARÍN HERNÁNDEZ¹³ expresa:

«(...) tradicionalmente se ha definido a las potestades o los actos administrativos discrecionales por contraste con las facultades o los actos reglados, para significar que mientras tratándose de éstos la Administración

13 MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Agosto 2007, p. 141.

se ve limitada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, cuando estamos en presencia de las facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le conllevan a una mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica no ha sido agotado y plenamente completado por el legislador».

Podemos agregar, de conformidad con los postulados clásicos de García de Enterría y Fernández, que la discrecionalidad administrativa consiste en la potestad que le otorga la Ley a la Administración para poder elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas, al momento de efectuar una decisión. Debiendo agregar que existe discrecionalidad implícita, es decir, los que de forma tácita se desprenden del derecho positivo. La discrecionalidad implícita fluye entonces del texto legal, infringiéndose su existencia.

Ahora bien, ¿esto sucede en el caso de las exoneraciones? ¿Se infiere lo facultativo de las exoneraciones del cuerpo normativo especial? Lo vemos difícil. Creemos, sin embargo, que la interpretación del OSCE, correspondiendo a la doctrina, corrige un vacío de la Ley de Contrataciones del Estado. Aunque de modo defectuoso, lo hace (como vemos, las opiniones citadas no tiene mayores fundamentos), debiendo este acierto que supone una especial vía de hecho, ser cimentado por el legislador.

Queda ahora referirnos a cómo los actos administrativos que dan paso al abandono del régimen de exoneraciones deben estar justificados. No se trata, como indica erradamente el Órgano de Supervisión del OSCE a través de sus oficios, de una decisión que por ser discrecional es no supervisable. Existen elementos para ello, la doctrina desde hace mucho así lo indica.

5. Supervisión de las decisiones de no elección del régimen de las exoneraciones.

La discrecionalidad de ningún modo debe confundirse con arbitrariedad. Existen mecanismos de control y por lo tanto de supervisión, para evitar el abuso de poder o el direccionamiento hacia fines distintos del interés público, cobrando especial relevancia los principios generales del derecho y, de modo específico, los del derecho administrativo y de la contratación pública. SANTOS¹⁴ indica:

«(...) la conclusión se sustenta, desde un punto de vista sustancial, en el hecho de que el procedimiento de la licitación pública garantiza, de manera más amplia los principios de la libre concurrencia, la publicidad, la igualdad, la imparcialidad, la contradicción, el deber de selección objetiva. Obviamente, eso no significa que la selección abreviada no lo haga; simplemente quiere decir que el diseño legal de la licitación pública y las etapas que ella implica permiten entender que los principios mencionados tienen mayor oportunidad de ser garantizados con el mecanismo más general de selección de contratistas.

Ahora bien, en los casos en que la administración decida utilizar la licitación pública, teniendo la posibilidad legal de utilizar la selección abreviada, en el acto administrativo que justifique la escogencia del procedimiento de selección por aplicar (...) y en los estudios y documentos previos (...) deberán expresarse detalladamente las razones por las cuales no se utilizó el mecanismo de excepción». (Subrayado agregado)

En efecto, las exoneraciones, como ya se indicó, se fundamentan en razones de conveniencia administrativa y por la imposibilidad material de aplicación del procedimiento regular.

Sin embargo, conforme a lo desarrollado, nada impide que si la Administración verifica que por transparencia, eficiencia, razonabilidad, entre otros principios, conviene la ejecución de un procedimiento regular de selección de contratistas, este se realice.

Así como el régimen de exoneraciones debe su existencia a que los procedimientos regulares por determinadas circunstancias ya no cumplen con el principio de eficiencia y se vuelven en contra del interés público, puede acontecer que en determinadas circunstancias, el régimen de exoneraciones no sea el más adecuado al interés público. Por ejemplo, en el caso de una licitación fracasada que habilita una exoneración, sería cuestionable que la Entidad ejecute la misma, sabiendo que a la fecha de la decisión de la exoneración se encuentran habilitadas en el Registro Nacional de Proveedores varias empresas extranjeras con probada experiencia y tecnología de punta. La decisión en ese caso debe ser con criterio teleológico, atendiendo a la finalidad que persigue la Administración y que esta se cumple de mejor modo en el caso concreto, con la ejecución de los procedimientos regulares.

Puede darse el caso también que las entidades públicas opten por una ejecución por

14 SANTOS RODRIGUEZ, Jorge. Ob.cit., p. 262.

administración directa. Puede ser que atendiendo a reciente información del mercado o por una iniciativa privada, opte por un régimen legal distinto a la Ley de Contrataciones del Estado, decidiéndose por un concurso de proyectos integrales o celebrando una asociación público privada. Existe asimismo la alternativa de suscribir

un convenio de cooperación interinstitucional que supla al contrato, la selección por encargo o la administración de recursos.

Los ejemplos son orientadores y no agotan obviamente las circunstancias que pueden verificarse en el día a día de la Administración. ☒

